

DISSENSO ENTRE O AUTOR DO FATO E SEU ADVOGADO NA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

MARCELO CURY

Advogado em Bauru – SP.

Li, recentemente, acórdão proferido pela ilustre Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa tem o seguinte teor: “*SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO SEM CONCORDÂNCIA DO ADVOGADO – Art. 89 da Lei nº 9.099/95 – Suspensão sendo ato voluntário do acusado. Assistência técnica do advogado decorre do fato do réu não possuir conhecimentos técnico-jurídicos. A Lei não exige a anuência do advogado, menciona apenas a presença do defensor. Manifestação do réu deve estar respaldada em defesa técnica. Apelo improvido (...).*”¹

Trata-se do julgamento de recurso interposto por Advogado contra decisão que homologou proposta de suspensão condicional do processo aceita *apenas* por seu constituinte, no qual sufragou-se, por unanimidade, o entendimento de que “*(...) em caso de discordância entre o réu e seu defensor, deve sempre prevalecer a opinião do primeiro, até mesmo em face do art. 89, § 7º, da Lei nº 9.099/95, (...)*”, tendo argumentado o eminente Relator, também, que “*Se o defensor não pode aceitar a proposta em nome do*

¹ Bol. AASP nº 2.066, p. 662.

acusado, também não pode rejeitá-la em nome dele, porque a suspensão passa a ser um direito subjetivo do acusado e mais, autêntico direito subjetivo personalíssimo dele.”

Caso muito interessante esse, pois todos sabemos que, na prática, muito dificilmente há discordância de vontades entre o Advogado e seu cliente quanto à aceitação ou recusa da proposta de suspensão condicional do processo, se presentes os requisitos legais. Muito ao contrário, freqüentemente constata-se que o cliente, após ouvir a proposta e garantir ao Juiz tê-la entendido, volta-se, confrangido, ao seu defensor, para dizer: “*O senhor é que sabe, doutor, faça o que for melhor para mim...*”. Daí porque, talvez, não se veja na doutrina e na jurisprudência muito acerca do tema.

Mas a voz sempre altissonante de DAMÁSIO DE JESUS, ao comentar o § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, parece amparar o posicionamento adotado no v. acórdão em comento: “*A suspensão do processo depende da aceitação do réu e de seu defensor (§ 1º). É possível que o acusado não aceite as condições impostas. Nesse caso, o processo tem seguimento (§ 7º)*”.² E o mesmo exegeta, ao tratar do art. 76 daquele diploma legal, que alberga idêntica controvérsia, entende que, havendo divergência entre o autor do fato e seu defensor, quanto à aceitação da proposta de aplicação imediata de pena diversa da privativa de liberdade, prevalece a daquele. Esta, aliás, a 15ª conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95 (Escola Nacional da Magistratura, Brasília, outubro de 1995), como anotado pelo mestre.³

E também ADA PELLEGRINI GRINOVER, a maior processualista do país, acompanhada dos não menos ilustres ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ÂNTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, adota idêntica posição, tendo porém antevisto, já há algum tempo, que a

² “Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada”, Ed. Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 125.

³ Ob. cit., p. 82.

questão suscitaria enorme grita na doutrina: “*Cuida-se de tema polêmico que dará ensejo a muita controvérsia certamente.*”⁴

De efeito, o tema é bem mais complicado do que pode parecer e a decisão objeto destas linhas encerra questão bastante problemática, tormentosa mesmo, pois ao que parece se buscou sanar – a meu ver insatisfatoriamente – grave defeito de construção legislativa.

É que havendo divergência entre o apontado autor do fato⁵ e seu defensor (refiro-me, é claro, ao defensor particular, constituído), quanto à aceitação ou não da proposta – pressuposto (nos termos em que grafado o § 1º do art. 89) da suspensão do processo – estaremos diante, na realidade, de verdadeira *causa de revogação tácita de mandato*, muito embora não prevista na legislação civil,⁶ visto que a vontade do autor do fato (mandante), ao atritar-se de forma irremediável com a de seu patrono (mandatário), torna impossível a continuidade do vínculo que originariamente os unia, pois, conforme adverte a eminente civilista MARIA HELENA DINIZ, o mandatário deve “*dar execução ao mandato, agindo em nome do mandante de acordo com as instruções e os poderes dele recebidos*”, ou seja, de acordo com a sua vontade.⁷

Poder-se-ia argumentar que o Advogado, nesse caso, poderia renunciar ao mandato, sustentando que a opção do cliente, contra sua orientação, seria gravosa a ele, cliente, fato com o qual, profissionalmente, não poderia concordar. Mas isso seria uma *solução ética*, que dependeria de ato unilateral e voluntário do advogado, até porque também é seu dever “*aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato (CC, art. 1.300, 1ª alínea), ou seja, deverá prestar a mesma diligência que*

⁴ “Juizados Especiais Criminais”, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., pp. 279/280 e 140/141.

⁵ O art. 89 fala em “acusado”, mas prefiro a expressão “autor do fato”, pois a denúncia pode não ter sido ainda recebida. E se não foi recebida, não há ainda processo. E se ainda não há processo, não há também acusado, ou réu. Daí o absurdo da expressão “(...) desde que o acusado não esteja sendo processado (...)”, constante daquele dispositivo.

⁶ Dispõe o art. 1.316 do Código Civil: “*Cessa o mandato: I – pela revogação, ou pela renúncia. II – Pela morte, ou interdição de uma das partes. III – Pela mudança de estado, que inabilite o mandante para conferir os poderes, ou o mandatário, para os exercer. IV – Pela terminação do prazo, ou pela conclusão do negócio.*”

⁷ “Curso de Direito Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, 11ª ed., 3º Vol., p. 313.

empregaria se o negócio lhe pertencesse (RT, 101:626; RF, 87:693)”, como também lembrado pela ilustre mestra.⁸

E a lei penal é omissa quanto às consequências do dissenso entre o Advogado e o cliente. Efetivamente, diante da redação da norma vigente, e verificado o dissenso, tem se cogitado, no meio forense, de três alternativas ao Juiz presidente da audiência em que formulada a proposta: a) entender que, realmente, prevalece sempre a vontade do acusado, como se entendeu no v. acórdão citado; b) sustentar, ao contrário, que a vontade do defensor (defesa técnica) prevalece sobre a do autor do fato (autodefesa); c) interpretar literalmente a norma.

De se analisar cada uma das alternativas.

A primeira foi a adotada pelo Juiz que, mesmo diante da não aceitação da proposta pelo Advogado, suspendeu o processo, decisão prestigiada pela Primeira Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, é de se dizer, serviu-se de argumento bastante lógico para ampará-la, pois de fato é a pele do cliente que está em jogo, valendo reproduzir o remate do v. acórdão: *“Como lembrou o Magistrado na r. decisão impugnada, se o advogado se aventurar a obter uma sentença absolutória e não o conseguir, quem sofrerá as consequências será o réu e não ele, daí porque sua vontade não pode prevalecer sobre a do réu.”*⁹

Lembre-se, porém, que a espécie versa sobre a *aceitação* da proposta pelo cliente, contra orientação do advogado, que expressa e formalmente não a aceitou, recorrendo, inclusive, contra a suspensão do processo. Em sendo assim, o argumento daquela ilustre Câmara Criminal, como se disse, é até lógico. Mas é lógico apenas para a espécie, não podendo ser adotado para todos os casos em que há dissenso entre o autor do fato e o defensor. É que poderíamos imaginar a seguinte hipótese: *e se o autor do fato, que não possui, obrigatoriamente, conhecimentos técnico-jurídicos, se aventurar a enfrentar o prosseguimento do processo contra expressa orientação de seu patrono, que, não vendo possibilidade alguma de sucesso no pleito criminal,*

⁸ Ob. cit., p. 313.

⁹ Publ. cit., p. 663.

aconselha-o, em vão, a aceitar proposta de suspensão condicional do processo, vislumbrando-a como a alternativa técnica mais viável? Quem é que paga o pato no caso de condenação? O autor do fato? Justamente ele, que se sujeitou a demanda temerária contra recomendação de seu defensor, que é quem deve possuir, obrigatoriamente, os referidos “conhecimentos técnico-jurídicos”? Será esse o preço de ser dono e senhor do “autêntico direito subjetivo personalíssimo”? E não é só: estará o Advogado obrigado a coonestar com a temeridade que ele mesmo antevê na postura do cliente, anuindo, a contragosto, à proposta? Claro que não!

A prevalecer o entendimento esposado no v. acórdão, o processo, nessa hipótese, também deveria prosseguir, prestigiando-se a vontade do autor do fato em detrimento da defesa técnica, cuja presença, a bem da verdade, tornar-se-ia apenas decorativa. Daí porque, talvez, a ilustre Primeira Câmara Criminal do TJSP entendeu que a lei não exige a “anuência” do advogado, mas apenas a “presença” dele, significando a redação do § 1º daquele artigo (“*Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor...*”) apenas que a manifestação do autor deve estar “respaldada” em defesa técnica, sendo certo, porém, que a aceitação é ato privativo do acusado. Assim, de fato, o papel do Advogado seria realmente apenas decorativo, ou, digamos assim, “respaldador”, de nada valendo, a rigor, a orientação técnica. Tal posição, com todo o respeito que merece a egrégia Câmara Criminal prolatora daquele v. julgado, é inaceitável, não podendo servir de paradigma para casos futuros assemelhados.

Como sabido e ressabido, a Lei nº 9.099/95 trouxe profundas mudanças no processo penal brasileiro, tratando-se mesmo de verdadeiro marco divisório entre o velho processo penal e um novo modelo, garantista e fundado na idéia de uma Justiça consensual marcadamente despenalizadora. E dentre as várias novidades contidas em seu seio, quase todas muito discutidas e debatidas pela doutrina, em inúmeras obras, artigos e pareceres,

quero destacar uma que, a meu ver, ainda não foi devidamente comemorada pelos intérpretes.¹⁰

É que a lei nova prestigiou, de forma inequívoca e expressamente, o preceito constitucional atinente à *indispensabilidade do Advogado à administração da Justiça*, tomando-o, à sombra da Carta Magna (art. 133), como peça indescartável do processo, fato que por certo estimula e anima os combatentes de vetustos dispositivos processuais penais que ainda, infelizmente, vigoram entre nós.¹¹ Aliás, como diz ADA, “*Nenhuma manifestação de vontade será emitida fora da presença do defensor. É ele, portanto, uma das chaves do sistema. A prudência e a ponderação hão de prevalecer, compreendendo-se que a defesa é um direito dentro do processo, mas não um direito contra o processo.*”¹²

Assim, não sendo o Advogado um mero “ratificador” da vontade do cliente, muito ao contrário, entendo insatisfatória a posição adotada naquele v. acórdão, que, a rigor, *data maxima venia*, não poderia sequer ter conhecido do recurso interposto pelo Advogado que não aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, seja em nome próprio, seja representando o autor do fato, e isto por *absoluta falta de legitimidade*.

Nem se acene com o § 7º do art. 89 (“*Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos*”), de redação tão infeliz quanto a de seu “irmão primogênito”, o § 1º, pois se é necessária a aceitação da proposta pelo autor do fato e seu Advogado para a suspensão do processo (que, como bem lembra o respeitável julgado, é medida que não implica em admissão de culpa, sendo mais benéfica, portanto, que a possibilidade de condenação), com maior razão ainda é necessária a *coincidência de vontades* (autodefesa + defesa

¹⁰ De se registrar, porém, as judiciosas considerações do Presidente da OAB/SP, Dr. Rubens Approbato Machado, feitas acerca do assunto no “Jornal do Advogado” nº 217, p. 7, em art. intitulado “Indispensabilidade do Advogado”.

¹¹ Como, p. exemplo, aquele previsto no art. 187 do Código de Processo Penal, que é a grande arma de que se serve a jurisprudência majoritária para sustentar que o interrogatório judicial não é nulo se não presente o Advogado, quinquilharia que ainda há de cair, como outras já caíram. Mas esta é uma outra história...

¹² Ob. cit., p. 269.

técnica) para o prosseguimento do processo, que implica a possibilidade de conseqüências mais gravosas, com o que se conclui que os citados parágrafos são tecnicamente inconciliáveis – são, com efeito, “irmãos” que não se toleram.

A segunda alternativa (prevalência da defesa técnica sobre a autodefesa) poderia ser sustentada invocando-se, analogicamente, o pacífico entendimento jurisprudencial de que o recurso interposto pelo Advogado (defesa técnica) deve ser conhecido mesmo se o acusado, ao ser intimado da sentença condenatória, renuncia expressamente ao direito de recorrer.

Mas essa solução também não é razoável, pois pode ocorrer o que ocorreu no caso comentado, ou seja, se a defesa técnica “impuser” ao autor do fato “risco” que só este correrá, até para resguardo da responsabilidade profissional do Advogado deve prevalecer a vontade do autor do fato, daí porque, repito, nessa hipótese o argumento esposado no v. acórdão é até lógico, embora não resolva, *permissa venia*, a questão de fundo, pois o Advogado não está obrigado a aceitar a proposta só porque seu cliente, contra sua orientação, a aceitou, e muito menos está obrigado a, consignada sua recusa, recorrer da decisão que suspende o processo, seja porque, nessa hipótese, há *revogação tácita do mandato*, por conflito insuperável de vontades entre mandante e mandatário (não podendo este, pois interpor recurso em nome daquele), seja porque não tem ele, Advogado, legitimidade para, em nome próprio, interpor recurso, pelo mesmo fundamento.

Quanto à terceira alternativa (interpretação literal ou gramatical da lei), impende ver que se houver dissenso entre o autor do fato e defensor, em termos de aceitação da proposta, esta simplesmente não poderá ser homologada e o processo simplesmente não poderá ser suspenso, pois é clara a redação do § 1º do art. 89: “*Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor...*”. E se o autor do fato a recusa, o processo prossegue, independentemente da vontade do Advogado. E ponto final. Mas esta interpretação também não pode prevalecer, já que, de fato, na primeira hipótese, poder-se-á sonegar ao autor do fato direito subjetivo que lhe é inerente, sendo certo que a proposta, como cediço, só pode ser feita uma única vez num mesmo processo, sendo que, na segunda hipótese, o

Advogado também seria alçado à categoria de um “respaldador” da vontade do cliente, o que, hoje, constitucional e legalmente é inaceitável.

Que fazer, então? Penso não haver outra saída senão a modificação dos parágrafos 1º e 7º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, harmonizando-os, de forma a se prever expressamente a hipótese de dissenso entre o autor do fato e seu defensor (lembre-se: defensor constituído, visto que a relação entre o autor do fato e o defensor nomeado, dativo ou *ad hoc*, não é de mandato, mas sim de representação) – *verdadeira causa de cessação*, vale dizer, *revogação tácita do mandato* – dispondo-se claramente sobre as consequências dessa circunstância, sem que se elimine um direito subjetivo do autor do fato e sem que se comprometa a independência e a responsabilidade profissionais do Advogado.

Mas, enquanto isso não acontece, há que se dar um norte ao drama, tentando-se solucioná-lo apenas com o que temos em mão, ou seja, com a própria lei, da forma como posta em vigor, até que os nossos legisladores, ao invés de continuarem inflacionando nossa legislação penal, com aquele “*furor repressivo*” a que alude ALBERTO SILVA FRANCO,¹³ bem ao gosto da mídia e da opinião pública, resolvam, ao menos, consertar aquilo que fizeram com má técnica.

Assim, entendo que a proposta só pode ser homologada, suspendendo-se o processo, se aceita pelo autor do fato e seu defensor, nos termos do § 1º do art. 89. Da mesma forma, só poderá o processo prosseguir se assim quiserem o autor do fato e seu patrono. *Isto quer dizer que só poderá haver aceitação ou recusa válida se as manifestações do autor do fato e do defensor coincidirem*. Porém, havendo dissenso, nem o processo poderá ser suspenso (diante da possibilidade de se sonegar ao autor do fato a fruição de um direito subjetivo, no caso de o Advogado não concordar com a proposta), nem deverá o processo prosseguir imediatamente, devendo o Juiz, ao verificar o dissenso insuperável, e não havendo renúncia expressa do advogado aos poderes que recebeu (= conduta ética voluntária), advertir o autor

¹³ Boletim IBCCrim nº 70, p. 5.

do fato sobre a efetiva *revogação tácita do mandato*, facultando-lhe constituir novo patrono ou nomeando-lhe um, dativo, se for o caso, ficando aclarado que a suspensão do processo só poderá ocorrer se a proposta por ele aceita contar também com a anuência do Advogado – não necessariamente de seu advogado, que, na realidade, e a rigor, já não pode representá-lo.

E tal sugestão não me parece absurda, pois como já sustentava J. M. CARVALHO SANTOS, um dos baluartes do nosso Direito Civil, há quase 40 anos atrás, *"É uma questão de fato saber se houve, na espécie, a revogação tácita do mandato, questão que deve ser decidida pelos tribunais, tendo em vista a natureza do ato ou fato emanado do mandante e as demais circunstâncias da causa, que justifiquem a presunção de mudança da vontade do mandante."*¹⁴

Em outras palavras, não interessa saber que vontade deve prevalecer, se a do autor do fato ou a de seu defensor, mas sim a *coincidência de vontades* entre ambos. Este, no meu sentir, o verdadeiro espírito da norma.

¹⁴ "Código Civil Brasileiro Interpretado", Livraria Freitas Bastos, 7ª ed., 1961, Vol. XVIII, p. 301.